

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

HYGOR FARIAS SILVA

**ATIVISMO JUDICIAL COMO ASSEGURADOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS
SOCIAIS, FRENTE À INÉRCIA E A OMISSÃO DOS PODERES EXECUTIVOS E
LEGISLATIVOS, SOB A ÓTICA DOS DIREITOS À EDUCAÇÃO E À SAÚDE**

**JOÃO PESSOA
2019**

HYGOR FARIAS SILVA

**ATIVISMO JUDICIAL COMO ASSEGURADOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS
SOCIAIS, FRENTE À INÉRCIA E A OMISSÃO DOS PODERES EXECUTIVOS E
LEGISLATIVOS, SOB A ÓTICA DOS DIREITOS À EDUCAÇÃO E À SAÚDE**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Solón de Sá e Benevides

**JOÃO PESSOA
2019**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

S586a Silva, Hygor Farias.

Ativismo Judicial como assegurador de direitos fundamentais sociais, frente à inércia e a omissão dos poderes executivos e legislativos , sob a ótica dos direitos à educação e à saúde. / Hygor Farias Silva. - João Pessoa, 2019.

55 folhas.

Orientação: Solon Henriques de Sá e Benevides Benevides.

TCC (Especialização) - UFPB/CCJ.

1. Ativismo Judicial. Direitos Sociais. I. Benevides, Solon Henriques de Sá e Benevides. II. Título.

UFPB/CCJ

HYGOR FARIAS SILVA

**ATIVISMO JUDICIAL COMO ASSEGURADOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS
SOCIAIS, FRENTE À INÉRCIA E A OMISSÃO DOS PODERES EXECUTIVOS E
LEGISLATIVOS, SOB A ÓTICA DOS DIREITOS À EDUCAÇÃO E À SAÚDE**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Solón de Sá e Benevides

DATA DA APROVAÇÃO: 26 DE ABRIL DE 2019

BANCA EXAMINADORA:



**Prof.º Dr.º SOLÓN DE SÁ E BENEVIDES
(ORIENTADOR)**



**Prof. Dr.º HENRIQUE LENON FARIAS GUEDES
(AVALIADOR)**



**Prof. Dr.ª ANNE AUGUSTA ALENCAR LEITE
(AVALIADORA)**

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à Deus, por todas as bênçãos a mim concedidas, por me permitir chegar até aqui e realizar mais um sonho em minha vida. À minha família, que é responsável por me tornar quem eu sou hoje, cada um dos Farias tem sua parcela na minha formação, mas em especial quero agradecer à minha mãe, Maria Hilma Silva de Farias, que sempre soube cumprir seu papel da melhor maneira possível, sendo dura quando tinha que ser, e amiga sempre que eu precisei, à minha avó, Cleudes Silva de Farias, por todo o amor e apoio a mim concedido durante toda a minha vida, e a minha madrinha e tia, Gilza Farias, que sempre me estendeu a mão quando careci de sua ajuda.

Não poderia deixar de citar Thayná dos Santos Amorim, minha namorada, que esteve do meu lado em quase toda a extensão do curso, e sabe de todas as etapas que passei, me ajudando à superar as angústias e comemorando comigo todas as vitórias.

Aos primos e amigos, Wesley David, Thiago Farias, Gustavo Correa, Yan Vinicius, Luan Andrade, Guilherme Wanderley, Antonio Alves, Hanna Farias, Bárbara Cleudes, Élide Farias, e outros que a memória não me permite lembrar neste momento, mas que não deixam de ter gigantesca importância. À todos estes que citei, obrigado pela amizade, pelas brincadeiras, pelas histórias vividas, por tornar mais leve a minha caminhada até aqui.

À todo o corpo docente pelos ensinamentos passados que ficarão para toda vida. E em especial ao meu orientador Solón Benevides, que me apontou os caminhos à seguir tornando este trabalho mais simples de ser feito.

Enfim, a cada um que esteve presente em minha caminhada até aqui, quero agradecer demais, pois são todos muito importantes e compartilham comigo desta vitória.

“Liberdade parcial não é liberdade.”

Nelson Mandela

RESUMO

O ativismo judicial, nada mais é, do que uma postura adotada pelo magistrado, que frente as causas que recebe, busca interpretar o ordenamento jurídico de uma maneira mais aberta, dando força normativa aos princípios e valores previstos constitucionalmente, e aplicando-os em suas decisões. No Brasil nas últimas décadas o movimento ativista tem crescido, e tomado força principalmente nas decisões acerca de direitos sociais constitucionais que são relegados pelos poderes administrativo e legislativo. É dentro desta pauta que este trabalho buscará demonstrar a importância que tem a adoção de uma postura ativista do magistrado para fazer valer a força da Constituição, frente aos desmandos da Administração Pública. Dessa maneira, analisaremos o regime jurídico dos direitos sociais em nossa atual Carta Magna, e verificaremos até onde estes direitos podem ser exigidos judicialmente do Estado em caráter prestacional, sem que o Poder Judiciário adentre nas funções precípua dos demais poderes, para isso estudaremos a reserva do possível e o mínimo existencial. Exploraremos o tema sob a ótica de dois dos direitos mais comumente pleiteados em nossos Tribunais, quais sejam, o direito à saúde e o direito à educação.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Reserva do Possível. Mínimo Existencial. Direitos Sociais. Direitos Sociais. Direito à Educação. Direito à Saúde.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. DO ATIVISMO JUDICIAL.....	9
2.1. O Neoconstitucionalismo como impulsionador do ativismo judicial.....	9
2.2. A crise de representatividade na democracia.....	11
2.3. Ativismo Judicial e Judicialização da Política.....	12
2.4. Críticas ao Ativismo Judicial.....	16
2.4.1. Risco para a legitimidade democrática.....	16
2.4.2. Politização da justiça.....	17
2.4.3. Limites institucionais do judiciário.....	18
3. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	19
3.1. A Evolução dos Direitos Sociais nas Constituições Brasileiras.....	19
3.2. Regime Jurídico Adotado Na Constituição Federal de 1988.....	20
3.2.1. Aplicabilidade Direta.....	21
3.2.2. Proteção contra o poder de reforma constitucional e intervenções restritivas.....	22
3.2.3. Dupla dimensão dos direitos sociais.....	22
3.3. A Problemática da Reserva do Possível.....	24
3.4. A Questão do Mínimo Existencial dos Direitos Sociais.....	26
4. DIREITOS À EDUCAÇÃO E À SAÚDE, E O PAPEL DO JUDICIÁRIO FRENTE A INÉRCIA E INEFICÁCIA DOS DEMAIS PODERES.....	31
4.1. Direito à Educação.....	31
4.1.1. Breve histórico acerca do direito à educação nas constituições brasileiras.....	31
4.1.2. Dimensões objetiva e subjetiva dos direitos sociais.....	32
4.1.3. O direito subjetivo à educação básica.....	34
4.1.4. Ativismo judicial e direito à educação básica.....	36
4.2. Direito à Saúde.....	43
4.2.1. O direito à saúde na Constituição Federal de 1988.....	44
4.2.2. O direito à saúde em seu aspecto prestacional e sua exigibilidade judicial.....	45
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49
REFERÊNCIAS.....	52

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário tem a função precípua de resguardar os direitos dos cidadãos, e resolver os conflitos sociais que chegarem a seu conhecimento, como é previsto constitucionalmente e rechaçado em outros textos legais, este é o denominado princípio da inafastabilidade de jurisdição.

Em que pese tal característica do Poder Judiciário já ser reconhecida desde os mais remotos ordenamentos jurídicos, é com o declínio do positivismo e o consequente surgimento do pós-positivismo, e mais notadamente com o fenômeno do neoconstitucionalismo e surgimento das Constituições com caráter de supremacia, que prezam pelos direitos fundamentais e valores sociais, que o exercício jurisdicional passa por uma mudança expressiva se tornando muito mais livre no plano da interpretação da lei, mas ao mesmo tempo totalmente vinculado aos valores constitucionais.

Nesse contexto surge o chamado ativismo judicial, que nada mais é do que uma postura que o magistrado adota, de uma interpretação constitucional não ortodoxa, com o intuito de fazer valer as previsões constitucionais, especialmente os direitos fundamentais sociais, frente à uma inércia ou omissão do Estado em cumpri-las.

Sobre este fenômeno surgirá a problemática central deste trabalho, que é a de constatar o motivo da propagação deste fenômeno no judiciário brasileiro, e até onde o judiciário pode intervir nos demais poderes, com vistas à assegurar a devida prestação material dos direitos sociais, sem violar o princípio da separação dos poderes e adentrar na seara da implementação de políticas públicas, que é função exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo. Para responder estas questões, analisaremos os dois direitos sociais mais frequentemente demandados judicialmente, e que apresentam uma ligação direta com a dignidade humana, quais sejam, a educação e a saúde.

Ciente da problemática, o trabalho visa apontar quais as benesses que o ativismo judicial quando devidamente utilizado pode trazer, apresentando os fundamentos nos quais se baseiam este tipo de postura do juiz, a importância desta postura quando atingidos direitos componentes do mínimo existencial, demonstrando decisões ativistas de nosso judiciário frente a omissões dos demais poderes.

Quanto ao método de abordagem a ser utilizado para a análise da problemática, utilizaremos o método hipotético-dedutivo, debruçando-nos sobre o estudo dos direitos fundamentais sociais, seu caráter prestacional e a exigibilidade judicial destes. Em relação aos métodos de procedimentos, serão utilizados os métodos históricos, em que estudaremos a evolução constitucional dos direitos sociais, bem como da atividade jurisdicional; e o método monográfico, partindo do estudo da teoria geral dos direitos fundamentais para chegar a exigibilidade judicial dos direitos fundamentais sociais frente à uma inércia dos demais poderes. O levantamento dos dados se dará por pesquisa documental e bibliográfica, a pesquisa documental consiste na análise das leis e códigos, e a pesquisa bibliográfica acontecerá a partir do estudo de publicações que abordem o tema aqui tratado.

Frente à todo o exposto, o trabalho que se desenvolverá, busca através da análise do fenômeno do ativismo judicial como assegurador de direitos sociais, refletir acerca do papel do judiciário em nossa sociedade frente à uma crise de representatividade democrática que deságua nos direitos e garantias fundamentais do cidadão, demonstrando a importância deste papel ativo diante de tais fatos.

2 DO ATIVISMO JUDICIAL

2.1 – O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO IMPULSIONADOR DO ATIVISMO JUDICIAL

O fenômeno jurídico do neoconstitucionalismo surge na Europa, e tem como marco histórico o pós segunda guerra mundial, com o intuito de superar o positivismo “legicentrista” até ali adotado, e que se mostrou seriamente nocivo à sociedade. Mais notadamente se dará com a promulgação da Lei Fundamental alemã de 1949, que já em sua abertura enunciava os direitos fundamentais e buscava reafirmar os valores democráticos, começa a se perceber ali uma substancial mudança nos textos constitucionais, a Constituição passa a ter papel central nos ordenamentos jurídicos, dotada de supremacia frente às demais normas, passa a incorporar valores e opções políticas fundamentais, em especial ligados a direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana; e dá-se a esses valores uma eficácia que irradia por todo o ordenamento, condicionando a interpretação e aplicação do direito infraconstitucional.

A doutrina dominante costuma delinear um marco filosófico para o neoconstitucionalismo, que se dá com o declínio do positivismo e consequente surgimento do pós-positivismo. O positivismo serviu como ferramenta perfeita encontrada pela burguesia para alcançar suas pretensões, que ao assumir o poder após as revoluções burguesas puderam impor seus valores os tornando em leis. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

[...] em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-se da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do facismo na Itália e do Nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito.¹

¹ BARROSO, Luís Roberto, **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** Disponível em <https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. Acesso em 16 de fevereiro de 2019. p.1.

Já o pós-positivismo surge como uma mescla de duas grandes correntes de pensamento opostas: o jusnaturalismo e o positivismo, buscando uma superação destes modelos como uma forma pura de pensar o direito, e confluindo ideias advindas de ambos os lados. O pós-positivismo continua acatando os mandamentos do ordenamento jurídico, porém nele enraiza os ideais de justiça e liberdade, Luis Alberto Barroso é brilhante ao denotar que:

"O pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de tratá-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente.[...]².

Portanto o neoconstitucionalismo é fruto de um encontro entre a ciência jurídica e a filosofia do direito, não há, como visto, nesse novo direito constitucional um desprezo ao direito posto, mas sim uma preocupação em ir além da mera legalidade estrita, provocando uma reaproximação entre o direito e a ética.

Bernardo Gonçalves³, ao analisar os aspectos trazidos pelo pós-positivismo, elenca as principais características do neoconstitucionalismo, quais sejam: a) a busca pela efetividade dos direitos fundamentais; b) a valorização dos princípios jurídicos, que ganham força normativa e importância na aplicação do direito; c) a reaproximação entre o direito e a moral; d) a rejeição do formalismo no raciocínio jurídico, com a busca de métodos mais abertos; e) uma crescente judicialização da política e das relações sociais.

Por tudo que foi falado neste tópico, se torna fácil perceber a influência direta do neoconstitucionalismo no ativismo judicial, a supervalorização dos princípios frente às regras, principalmente o da dignidade da pessoa humana, a eficácia direta dada as normas de direitos fundamentais e a reaproximação do direito com a ética e a moral, criou condições para um exercício jurisdicional mais livre, permitindo ao magistrado decidir com uma certa margem de discricionariedade política em suas

² Ibidem, p. 1.

³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2017,p. 60.

decisões, sem perder todavia sua legitimidade.

Além do neoconstitucionalismo, que tem forte influência no surgimento do ativismo judicial no mundo, no Brasil um fator fez tornar o ativismo ainda mais forte nas últimas décadas, estamos falando da crise política e de representatividade que perpassa a nossa sociedade.

2.2 – A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

Na democracia representativa os cidadãos escolhem através do voto aqueles que lhes representarão e comandarão os Poderes legislativo e executivo. Destarte, O que é esperado por parte dos representados é que aqueles alçados a esses cargos possam cumprir aquilo que prometeram e que trabalhem em prol dos interesses de seus representados. No entanto, este é um cenário ideal e que está longe de ser alcançado em nossa democracia.

Os políticos são eleitos com o dever de satisfazer o interesse público, buscando realizar transformações sociais por meio do ato de legislar. Contudo, o que se vê é que tais transformações não se mostram evidentes, seja por ineficiência destes, ou por uma completa inércia. A consequência então é o sentimento popular de que este corpo político não concretiza a representatividade que se espera dele, sentimento este que é crescente no Brasil na última década.

Para piorar a tal crise, a população começa a se dar conta que se de um lado o legislativo é inerte, deixando de implementar direitos e prerrogativas de caráter social previstos constitucionalmente, por outro lado pautas que beneficiavam a classe política são constantemente atendidas. Diante desta ineficácia do legislativo em garantir ao cidadão o que lhe é minimamente de direito se ergue uma postura do judiciário em se tornar mais atuante na esfera social, principalmente no que diz respeito à efetivação de direitos fundamentais previstos na atual Constituição.

O judiciário se torna um elo entre as reivindicações populares e os direitos e garantias assegurados pela Constituição Federal. E sob essa premissa é que passa a suprir funções que seriam próprias de outros poderes, mas que por ineficiência e inércia deles desloca-se para as mãos do judiciário.

Não há aqui que se falar em uma suposta violação à separação de poderes, a doutrina e jurisprudência dominantes entendem que podem conviver conjuntamente as atribuições constitucionais inatas ao Legislativo e Executivo e as decisões judiciais,

notadamente da Suprema Corte, que tratem de matéria de políticas públicas e garantias de direitos fundamentais, observada aqui a intenção do judiciário em efetivar a defesa da dignidade humana. Brilhantes são as palavras de Dworkin:

“O acesso aos tribunais pode ser caro [...] mas como, normalmente, os ricos têm mais poder sobre o legislativo que os pobres, pelo menos a longo prazo, transferir algumas decisões do legislativo pode, por essa razão, ser mais valioso para os pobres. [...] Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais são efetivamente fundamentadas.”⁴

Utilizar o argumento de descumprimento do princípio da separação dos poderes para deslegitimar a atuação ativista do judiciário, que tem se postado como a última instância a que pode recorrer o cidadão, seria colocar a forma pela qual se efetiva direitos como mais importante do que o objetivo final do Estado, qual seja assegurar garantias de direitos e melhorias ao cidadão.

O crescimento do fenômeno do ativismo judicial no Brasil é latente nos últimos anos, especialmente no Supremo Tribunal Federal, e isto em grande parte se deve a crise de representatividade da nossa democracia.

2.3 – ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Importante se faz salientar as divergências entre estas expressões, muitas vezes empregadas como sinônimas, porém diferentes em suas essências. A judicialização da política ocorre quando questões de política pública que tradicionalmente ficariam à cargo dos Poderes legislativos e executivo, são decididas pelo Poder Judiciário, não pelo fato do próprio judiciário buscar para si essa responsabilidade, mas pelo motivo de circunstâncias factuais não permitirem outra via de decisão.

⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.p. 27.

Barroso⁵ cita três causas que levaram à judicialização da política no Brasil, a primeira delas foi a redemocratização do país em conjunto com a promulgação da atual Constituição Federal, que trouxe consigo a recuperação das garantias dos magistrados, dessa maneira permite ao judiciário retomar a sua força, e se transformar em um poder político, capaz de confrontar com os outros poderes para fazer valer a Constituição e as leis. Por outro lado, este reavivamento do ambiente democrático, faz ressurgir o sentimento de cidadania adormecido até então e gera para a população uma consciência sobre seus direitos e conseqüentemente passam a buscar a proteção destes perante o Poder Judiciário, resumidamente falando o que se nota é que a redemocratização fortaleceu o Poder judiciário e aumentou significativamente a demanda judicial na sociedade brasileira.

A segunda causa citada foi a constitucionalização abrangente, um processo que foi tendência mundial à época da promulgação de nossa carta constitucional atual, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), este processo trouxe para a Constituição um número amplo de matérias que anteriormente ficavam à cargo de legislações ordinárias ou da discricionariedade do Poder Executivo. Nas palavras de Barroso: "[...] constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito"⁶, dessa maneira quando determinada questão é normatizada constitucionalmente ela se torna uma pretensão jurídica potencial. Para exemplificar, a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental, se a exigência deste direito for levada ao judiciário, este irá debater sobre as políticas públicas incidentes sobre este direito, e deverá tomar atitudes concretas para efetivar tal garantia.

A terceira e derradeira causa é o sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo direito brasileiro, sistema esse que permite a qualquer juiz ou tribunal se abster de aplicar uma lei, por considerá-la inconstitucional, somasse a isso o amplo direito de propositura trazido pelo artigo 103, que torna possível que basicamente qualquer questão política possa ser discutida no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Logo, a judicialização, como visto, não decorre de uma opção ideológica ou filosófica, mas é imposta ao Poder Judiciário, a quem resta cumprir o seu papel constitucional.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica. Acesso em 19 de fevereiro de 2019.

⁶ Ibidem, p. 2.

Quando falamos de ativismo judicial, estamos tratando de uma postura do magistrado, que através de uma interpretação jurídica expansiva busca efetivar os valores constitucionalmente defendidos, geralmente diante de situações oriundas da lentidão ou inércia legislativa ou mesmo do executivo. Adentrando no espaço de destes dois Poderes. Barroso , conceitua o ativismo da seguinte maneira:

“O Ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a constituição, expandindo o seu sentido e o seu alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. ”⁷

Ainda seguindo as lições de Barroso⁸, podemos apontar algumas condutas típicas do ativismo judicial, seriam elas: a) A aplicação direta da Constituição à situações que não estão expressas em seu texto, independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados pelo legislador, baseando-se em critérios menos rígidos do que os de patente violação à Constituição; c) a imposição de condutas e abstenções ao Poder Público, principalmente no que diz respeito à matérias de políticas públicas.

Luiz Flávio Gomes⁹ entende que há duas espécies de ativismo judicial, o ativismo inovador e o ativismo revelador, no ativismo inovador haveria uma criação pelo juiz de uma norma, de um direito. Já no ativismo judicial revelador o juiz atuaria não no sentido de criar uma nova norma ,mas inovaria utilizando-se dos princípios e valores constitucionais para ocupar um espaço lacunoso existente na legislação.

Parte da doutrina aponta ainda para quatro dimensões do ativismo judicial: o ativismo contra - majoritário, quando os tribunais não acatam decisões dos poderes democraticamente eleitos, onde o poder judiciário atua como um legislador negativo; a segunda dimensão é o ativismo jurisdicional, que consiste na ampliação dos limites jurisdicionais do poder judiciário; a terceira dimensão consiste no ativismo criativo, que utiliza-se da hermenêutica jurídica expansiva para se criar novos direitos através da

⁷ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista de Direito do Estado**, n. 16, out./dez. 2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.11.

⁸ BARROSO, Luís Roberto, **op. Cit.** P.4.

⁹ GOMES, Luiz Flavio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>.

jurisprudência dos tribunais, e por fim o ativismo remedial, que representa a imposição pelo Poder Judiciário de imposições ou abstenções a os outros poderes, frente a inércia ou ineficácia destes em cumprir com seus deveres.

Atitude contrária ao ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o judiciária busca interferir o mínimo possível nos demais poderes, nessa linha os juízes e tribunais evitam aplicar a Constituição à situações que não estejam expressamente no seu texto, aguardando o legislador ordinário, utilizam-se de critérios rígidos para declarar a inconstitucionalidade e abdicam de interferir em matérias de políticas públicas. Até o advento da Constituição Federal de 1988, o nosso judiciário seguia por este caminho no mais das vezes.

O ativismo judicial é bem mais presente quando se trata de matérias de direitos fundamentais sociais, levando-se em conta a constante vagueza de tais normas, nesse sentido entende Mauro Cappelletti:

“É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade das decisões judiciais. Esta é, portanto, a poderosa causa da acentuação, que em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim a criatividade”¹⁰

O que se denota é que a judicialização é um fato, enquanto que o ativismo é uma escolha, uma preferência do magistrado em adotar uma postura interpretativa expansiva, buscando aumentar o alcance das normas constitucionais. O que não vai significar uma interpretação totalmente livre e de caráter pessoal, trata-se em verdade de uma atitude não ortodoxa na tarefa de aplicar o direito positivo, baseando-se principalmente na força normativa dos princípios constitucionais, e visando sempre a

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?**. 1 ed., São Paulo: Editora Safe, 1993, p.42.

concretização de valores e fins constitucionais. O que o ativismo busca é extrair o máximo da Constituição, mas deve atentar-se para não invadir o campo da livre criação do Direito.

2.4 – CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL

Importante antes de prosseguirmos neste trabalho é tratar à respeito de três das principais objeções feitas ao ativismo judicial, costumeiramente levantadas por aqueles que são críticos severos desse fenômeno, buscaremos analisar cada uma delas e apontar onde pecam tais argumentos. São eles: o risco para a legitimidade democrática, a indevida politização da justiça e os limites institucionais do Poder Judiciário.

2.4.1- Risco para a legitimidade democrática

Os membros do Poder Judiciário, sejam eles juízes, desembargadores ou ministros, não foram eleitos para seus cargos, portanto não têm o “batismo” da vontade popular, contudo desempenham um inegável poder político, de inclusive invalidar decisões provenientes dos outros dois poderes, escolhidos pela vontade popular, com base nisto se alega uma ilegitimidade democrática do ativismo. Vejamos como exemplo a fala de Faustino da Rosa Júnior:

“Na verdade, um magistrado só apresenta uma legitimidade legal e burocrática, não possuindo qualquer legitimidade política, para impor ao caso concreto sua opção político-ideológica particular na eleição de um meio de efetivação de um direito fundamental. Sucede que, em nosso sistema, os magistrados não são eleitos, mas sua acessibilidade ao cargo dá-se por meio de concursos públicos, o que lhes priva de qualquer representatividade política para efetuar juízos desta magnitude. Ademais, por sua própria formação técnica e atuação no foro, é evidente que os magistrados são incapazes de conhecerem as peculiaridades concretas que envolvem a execução de políticas públicas que visam a realizar concretamente direitos fundamentais pela Administração Pública.”¹¹

¹¹ JÚNIOR, Faustino da Rosa, **O problema da judicialização da política e da politização do judiciário no sistema constitucional brasileiro**. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=833.

No entanto tal situação tem fundamento, tanto normativo, como filosófico. O fundamento normativo é muito simples, deriva do fato de que a Constituição atribui ao judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal, este poder político. Quanto ao fundamento filosófico, devemos lembrar que um Estado Constitucional Democrático como o nosso, conecta duas ideias: o constitucionalismo, que limita o poder do Estado e assegura os direitos fundamentais, e a democracia, pautada na soberania popular.

Desse modo fica a cargo da Constituição asseverar o governo da maioria, mas sempre protegendo valores constitucionais e direitos fundamentais, mesmo que por vezes contrarie a vontade casual da maioria. Esse é o papel do Supremo Tribunal Federal muitas das vezes, funcionar com um tribunal de princípios e não de razões políticas. Note-se que se observados os valores e fins constitucionais, bem como os direitos fundamentais não cabe ao judiciário interferir nas decisões dos demais poderes. Portanto o ativismo é na verdade uma garantia da democracia, jamais um risco para ela. Robert Alexy alega que a representação do povo não vem tão somente do parlamento, mas também do Tribunal Constitucional:

(...) Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico de que aquela pelo parlamento. O cotidiano da exploração parlamentar contém o perigo que maiorias imponham-se desconsideradamente, emoções determinem o ocorrer, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidos erros graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo, mas, em nome do povo, contra seus representantes políticos.¹²

2.4.2 – Politização da justiça

Em segundo lugar, direito não é política, isto é inegável, não se pode submeter a noção de justiça à mera vontade daquele que detém o poder. Porém, a divisão entre Direito e Política é por vezes muito tênue. O direito se aproxima da política porque: sua criação é fruto da vontade da maioria que se manifesta na Constituição e nas leis, também porque a sua aplicação no mundo dos fatos não tem

¹² ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. (trad.). HECK, Luiz Afonso. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. P. 53.

como se dissociar da realidade política e principalmente porque juízes não são seres inanimados, e seus valores, suas subjetividades e seus sentimentos vão influenciar de certa maneira no seu juízo de valor. Portanto, a interpretação do direito sempre terá uma dimensão política, porém essa dimensão deve respeitar os limites postos pelo ordenamento jurídico.

Dessa maneira, o juiz jamais deverá agir com base numa vontade política própria, mas sempre observando a Constituição e as leis. A promoção de direitos fundamentais mesmo que contrário à vontade da maioria política é dever do judiciário, e sua atuação frente à inércia do legislativo ou do executivo para sanar omissões ou vícios nesse sentido não se trata de judicialização da política, mas de um devido cumprimento do dever legal.

2.4.3 – Limites institucionais do judiciário

O modelo de separação dos poderes adotado no Brasil, bem como na grande maioria dos Estados democráticos de direito por todo o mundo, permite uma divisão de funções, notadamente legislar, administrar e julgar, por órgãos especializados e dependentes. Em que pese, Legislativo, Executivo e Judiciário exercem entre si um controle que visa impedir o demasiado crescimento de um deles em detrimento dos outros, pois como se preocupou em tratar a Constituição em seu artigo 2º, são estes poderes " harmônicos e independentes entre si".

Diante disso, o que se deduz é que ao tratar de determinada matéria, o judiciário deve perquirir se um outro Poder, tem maior capacidade e qualificação para decidir a respeito, questões que tenham um determinado índice de especificidade e que exijam discricionariedade técnica, não podem ser interferidas pelo judiciário, na medida que sejam convenientes, razoáveis e atentem para o procedimento adequado.

Contudo, se houver afronta a algum direito fundamental ou a qualquer outra norma constitucional há de haver interferência por parte do judiciário, pois este tem papel de guarda da Constituição e deve cumprir seu dever mesmo que frente a outros Poderes. Assim salienta Eduardo Cambi (2009) "não pode o juiz constitucional se autolimitar no exercício dos seus poderes (teoria do chamado self-restraint), a pretexto de se tratar de *questões políticas*, inerentes ao exercício parlamentar ou executivo, ou por se tratar de juízos de conveniência e oportunidade".

3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

3.1 – A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

É importante, antes de adentrarmos nos temas relativos aos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro, entendermos o que se passou em nossa história constitucional, com relação à afirmação destes direitos, para que chegassem ao patamar de direitos reconhecidamente fundamentais, patamar este que só veio a ser alcançado com a promulgação de nossa atual Constituição. Nas constituições anteriores, em geral, os direitos sociais eram expressos de forma esparsa, comumente nos capítulos referentes aos direitos individuais ou nos títulos da ordem econômica e social.

A nossa Carta Imperial, de 1824, apesar de seu caráter notadamente liberal, trouxe em seu texto os primeiros direitos sociais constitucionais brasileiros, no seu artigo 179 previa: a garantia dos primeiros socorros (inciso XXXI) e a instrução primária gratuita (inciso XXXII), naquilo que seria uma pequena manifestação da influência do constitucionalismo francês revolucionário. Mas adiante, porém, demos um passo atrás em relação a esses direitos com a Constituição de 1891, que era ainda mais liberal que aquela, e que não previu nenhum direito social, trazendo unicamente direitos individuais e políticos.

Podemos dizer que a Constituição de 1934 foi a primeira a se preocupar efetivamente com os direitos sociais, sob influência da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar, de 1919. Pela primeira vez estes direitos foram metodicamente expressos, prevendo, dentre outros, a inviolabilidade do direito à subsistência (art. 113, caput), assistência social e saúde pública (art.138), direito à educação (art. 149). A Constituição de 1937 (A denominada Constituição polaca) também traz consigo um rol de direitos sociais, quais sejam: a proteção da infância e da juventude (art.127), a gratuidade e obrigatoriedade do ensino primário (art.139), entre outros.

A Constituição de 1946, a primeira já figurando no constitucionalismo pós-segunda guerra mundial, no entanto, manteve-se no mesmo viés das anteriores, previa direitos como a assistência judiciária aos necessitados (art.141§ 35), direito ao trabalho (art.145), direito à educação (art.166). Até mesmo as Constituições de 1967

e 1969, promulgadas na vigência do regime militar, mantém os direitos sociais, ainda que com algumas variações.

Porém é com a nossa atual Constituição que os direitos sociais ganham uma projeção muito maior, a preocupação com os direitos sociais já se demonstra no preâmbulo, em que o constituinte originário se preocupa em “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna...”¹³; mais adiante no artigo 3º em que trata dos objetivos da República, estabelece como norte uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização e ainda a redução das desigualdades sociais e regionais, dessa maneira fica evidente o caráter social do Estado Brasileiro.

No artigo 6º encontramos um rol de direitos sociais básicos, são eles: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Alguns destes, no entanto, foram incorporados posteriormente, como o direito à moradia, através da Emenda Constitucional 26 de 2000, e o direito à alimentação, inserido pela Emenda Constitucional 64 de 2010, e mais recentemente o direito ao transporte, por força da Emenda Constitucional 90 de 2015. O que denota a tendência ampliativa desse rol nos últimos anos.

Cumprе ressaltar, que os direitos expostos no rol do artigo 6º, em sua maioria, foram melhor explorados em outros artigos no transcorrer da Constituição, mais especificamente no título que trata da ordem social, bem como nos artigos do 7º ao 11º que tratam dos direitos dos trabalhadores, e concretizam o direito ao trabalho. A opção do legislador em posicionar os direitos sociais no Título II, dos direitos e garantias fundamentais, evidencia a preocupação deste com a fundamentabilidade de tais direitos, adotando para eles um regime jurídico especial dos direitos fundamentais, ponto este que será levantado no próximo tópico.

3.2 – REGIME JURÍDICO ADOTADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

¹³ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

Na nossa atual Constituição, os direitos sociais foram alavancados à categoria de direitos fundamentais, em que pese haver resistência quanto à essa afirmação por certos setores da doutrina nacional, não resta dúvidas de que a intenção do constituinte originário ao posicionar os direitos sociais no Título II, que trata dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, foi de estender a tais direitos o mesmo regime jurídico que gozam os demais direitos fundamentais, mesmo àqueles posicionados fora deste título, ainda que com certas diferenças em alguns casos, analisaremos assim as nuances deste regime jurídico especial e até que ponto se estendem aos direitos sociais.

3.2.1- Aplicabilidade Direta

A aplicabilidade direta, prevista no artigo 5º, § 1º, da CF/88, também alcança os direitos sociais, sendo assim, a Constituição delega ao Poder Judiciário um poder-dever de aplicação direta destas normas, quando não observadas de pelos órgãos do poder estatal, como advoga Ingo Wolfgang Sarlet:

“[...] ainda que se possa falar, no caso de alguns direitos sociais, especialmente em virtude do modo de sua positivação no texto constitucional, em uma maior relevância de uma concretização legislativa, essa peculiaridade não afasta o dever de se atribuir também às normas de direitos sociais uma máxima eficácia e efetividade, obrigação cometida a todos os órgãos estatais, no âmbito de suas respectivas competências, dever ao qual se soma o dever de aplicação direta de tais normas por parte dos órgãos do Poder Judiciário.”¹⁴

O mencionado autor, aduz ainda, que apesar de tal característica dada aos direitos sociais, os limites fáticos e jurídicos também atingem os direitos sociais, assim como os demais direitos fundamentais. No entanto, o que essa regra de aplicabilidade direta proporciona para os direitos fundamentais é que mesmo diante de uma maior indeterminação de conteúdo de uma determinada norma, ou de uma expressa remissão à lei, não se deve obstacularizar a exigibilidade judicial do seu conteúdo e sua aplicabilidade direta pelos órgãos judiciários. Não obstante tal característica, existem algumas limitações fáticas e jurídicas aos direitos sociais que não podem ser desprezadas, ponto que exploraremos mais à frente.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**, 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p.643.

3.2.2- Proteção contra o poder de reforma constitucional e intervenções restritivas

Outro ponto relativo ao regime jurídico dos direitos sociais diz respeito a sua proteção contra o poder de reforma constitucional e contra intervenções restritivas por parte dos órgãos estatais, não podem os direitos sociais serem extintos efetivamente ou tendencialmente. No entanto tal afirmação não é absoluta, uma lei infraconstitucional poderá vir a delimitar em casos específicos um direito social, por vezes de modo a assegurar aplicação de um outro direito fundamental. Nesses casos se aplicará a “teoria dos limites dos limites” (Shranken-Scharanhen) que impõe parâmetros para uma possível restrição destes direitos por leis infraconstitucionais.

Esta teoria aponta três critérios que limitam a restrição, primeiramente deve se respeitar o núcleo essencial destes direitos, núcleo este que segundo Flávio Martins Alves: “não é encontrado aprioristicamente, mas na solução de cada caso concreto, através da aplicação do princípio da proporcionalidade”¹⁵; em segundo lugar deverá ser razoável e por fim proporcional.

3.2.3 – Dupla dimensão dos direitos sociais

Os direitos sociais assim como os demais direitos fundamentais apresentam uma dupla dimensão, isso quer dizer que tanto operam como direitos subjetivos, como direitos objetivos.

Quando cumprem o papel de direitos subjetivos, os direitos sociais tornam-se exigíveis pelos seus respectivos titulares em face daquele que tem o dever de provê-los, ou seja, do Estado. É neste campo de atuação dos direitos sociais que encontram-se as maiores dificuldades à sua efetividade, quais sejam: a dependência de recursos materiais disponíveis e as limitações ao controle judicial das políticas públicas, sinteticamente, é nesse campo que o direito social se defrontará com a chamada reserva do possível, tema que enfrentaremos mais adiante neste trabalho.

¹⁵ JÚNIOR, Flávio Martins Alves Nunes, **Curso de Direito Constitucional**. 1 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.1060.

Cumpra ainda destacar a tendência doutrinária e mesmo jurisprudencial pátria em reconhecer nas normas de direitos sociais um caráter subjetivo, gerando dessa maneira uma obrigação prestacional (ainda que no âmbito do mínimo existencial) dos órgãos estatais. Com destaque no âmbito da jurisprudência de nossa Suprema Corte para o julgamento da ADPF 45/DF (DJ 04/05/2004) que estabeleceu que quanto a efetivação do direito à saúde, este tem ligação direta com a proteção ao mínimo existencial, devendo ser interpretado com reservas as alegações de violação à reserva do possível por parte do Estado.

Já em sua dimensão objetiva, os direitos sociais funcionam como fins a serem alcançados pelo Estado, impondo a este um dever de infundável observância e concretização de tais direitos. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet: “[...] as normas de direitos sociais (sendo normas de direitos fundamentais) possuem uma eficácia dirigente ou irradiante, decorrente da perspectiva objetiva”¹⁶. Nesta perspectiva, os direitos sociais também atuam como um parâmetro às legislações infraconstitucionais e para as organizações ou instituições que atuem em prol da defesa destes direitos. Vincula-se então o Estado como um todo, na figura de seus três poderes, nessa lógica são brilhantes as palavras de Clemerson Merlin Cleve:

“esses objetivos, esses princípios, esses direitos fundamentais, vinculam os órgãos estatais como um todo. Vinculam, evidentemente, o Poder Executivo, que haverá de respeitar os direitos de defesa, e ao mesmo tempo propor e realizar as políticas públicas necessárias à satisfação dos direitos prestacionais. Vinculam o Legislador, que haverá de legislar para, preservando esses valores e buscando referidos objetivos, proteger os direitos fundamentais, normativamente, assim como, eventualmente, fiscalizando a atuação dos demais poderes. E por fim, vincula também o Poder Judiciário que, ao decidir, há certamente de levar em conta os princípios, os objetivos e os direitos fundamentais.”¹⁷

Ainda como direitos objetivos, os direitos sociais impõem ao Estado o dever de proteção de seu exercício, frente à possíveis intervenções do próprio Poder

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, op. Cit. P.1060

¹⁷ CLEVE, Clemerson Merlin. **O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais**. Disponível em : <http://clemersoncleve.adv.br/wp-content/uploads/2016/06/2003-O-desafio-da-efetividade-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>. P.295.

Público, bem como de particulares, pois a eficácia irradiante destes direitos também atinge as relações privadas.

O que se denota é que os direitos sociais apresentam uma dimensão positiva, de caráter prestacional, se comportando como direitos à efetivas prestações materiais. Contudo, apresenta ainda uma dimensão negativa, que tem função defensiva, protegendo os direitos sociais de possíveis interferências restritivas.

3.3 – A PROBLEMÁTICA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Em obra bastante difundida, denominada *The Cost of rights: Why liberty depends on taxes*, os Autores Cass Sustein e Stephen Holmes, defendem que todos os direitos geram custos para a máquina estatal, mesmo aqueles liberais. Se todos os direitos exigem a alocação de recursos públicos para a sua correta aplicação, os direitos sociais, como direitos à prestações materiais que são, denotam ainda mais essa dependência de uma disponibilidade recursal. E nessa toada surgem duas grandes questões. A efetividade dos direitos sociais está sujeita a uma disposição de recursos por parte do Estado (a chamada reserva do possível)? Até onde pode o Poder Judiciário impor a satisfação destas prestações?

Antes de adentrarmos no mérito dessas duas questões é preciso expor o que significa de fato a reserva do possível, bem como as implicações que gera para a concretude da plena efetividade dos direitos fundamentais sociais. Ingo Sarlet¹⁸ defende que a reserva do possível possui dois aspectos, um fático e outro jurídico. O conteúdo fático da reserva do possível, diz respeito a real falta de recursos econômico-financeiros (aqui abrangendo também os recursos humanos e técnicos) necessários à devida fruição do direito prestacional. Já o conteúdo jurídico está ligado às questões de caráter orçamentário, tributários, confronto com outras normas fundamentais, ou seja, liga-se à questão da legalidade ou não da disposição de recursos.

Em observância destes dois aspectos descritos, o já citado autor, aponta para as três dimensões da reserva do possível, são suas palavras:

“(a) a real disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos sociais; (b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias,

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, op. Cit.

orçamentárias, legislativas e administrativas, e, em países como o Brasil, ainda reclama equacionamento em termos de sistema federativo; e (c) o problema da proporcionalidade da prestação, em especial quanto à sua exigibilidade e razoabilidade, no que concerne à perspectiva própria e peculiar do titular do direito. ”¹⁹

Frente a esses aspectos, e levando-se em conta o caráter fundamental dos direitos sociais, que exige que eles tenham máxima eficácia e efetividade, a doutrina e jurisprudência deve buscar soluções para evitar que a reserva do possível, que de fato existe realmente em determinadas situações, não se torne uma barreira intransponível à aplicação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário, ou pior, uma argumentação ardilosa por parte do Estado para se afastar da obrigação de prestar devidamente os direitos sociais assegurados constitucionalmente.

O entendimento moderno da nossa jurisprudência à respeito de tal entrave causado pela reserva do possível na real efetivação dos direitos sociais, é no sentido de que tais direitos realmente encontram-se realmente submetidos à limitações de caráter financeiro, porém tais limitações quando existentes, devem ser devidamente comprovadas pelo Estado, a quem é incumbido o ônus probatório nesta situação. Devendo o juiz exigir deste informações pormenorizadas sobre a distribuição dos recursos, visto que não há discricionariedade administrativa no que diz respeito à obrigações constitucionais.

Um ótimo exemplo desta linha de pensamento adotada pelo STF está no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF Nº 45/DF, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello, vejamos um trecho que esclarece muito bem a decisão:

“...Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade...”²⁰

¹⁹ Ibidem, p. 654.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF**. Rel. Ministro Celso de Mello. Brasília: Julgado em 29 abr.2004.

Portanto, é papel do judiciário impor aos demais atores estatais a satisfação das prestações materiais asseguradas constitucionalmente, pois é função própria deste poder, mais notadamente do Supremo Tribunal Federal, salvaguardar os direitos previstos na nossa Lei Maior.

Ressalte-se que não se trata aqui de o magistrado fazer o papel do gestor público, o que seria uma afronta à separação dos poderes, mas do papel legítimo que tem o judiciário de compelir o administrador à cumprir o direito previsto constitucionalmente, com vistas à proteger a dignidade da pessoa humana.

Para responder a segunda pergunta feita no início deste tópico, sobre o alcance do Poder Judiciário em impor ao Estado o cumprimento dos direitos sociais em seu caráter prestacional, nós precisamos conhecer o conceito de mínimo existencial, que tem sido apontado pela doutrina e jurisprudência como ponderador, ou como limite máximo à reserva do possível. Um núcleo irreduzível, que deverá ser sempre preservado, por ter uma ligação direta com o princípio da dignidade humana, e é sobre a questão do mínimo existencial e suas nuances que discutiremos no seguinte tópico.

3.4 – A QUESTÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL DOS DIREITOS SOCIAIS

A origem do mínimo existencial está da doutrina Alemã, com Otto Bachoff, na década de 50, com a entrada em vigor da Lei Fundamental em 1949. No entanto, no Brasil, o assunto só veio a ser tratado após a promulgação da Constituição Federal de 1988, e só veio a ganhar uma maior força jurisprudencial na década passada, notadamente com o julgamento da ADPF 45/DF pelo Supremo Tribunal Federal.

Para falarmos do mínimo existencial dos direitos sociais nós temos que nos atentar fundamentalmente para a dignidade da pessoa humana, com o qual esse mínimo existencial tem ligação direta, seria a condição mínima para uma existência digna, um núcleo irreduzível de tais direitos que não pode ser objeto de restrição pelo Estado, prestações materiais que podem ser impostas judicialmente aos órgãos estatais, das quais este não pode se imiscuir, nem mesmo através de argumentos de caráter orçamentário.

Importa esclarecer que há uma considerável diferença entre o que se denomina mínimo existencial e o mínimo vital, este último, à que parte da doutrina também denomina de mínimo de sobrevivência, garante apenas a vida humana, sem acrescentar mais nenhuma condição. De outro lado, o mínimo existencial vai além, reúne um conjunto de condições materiais que asseguram uma vida digna e que pede do Estado certos deveres de abstenção e de ação. Dessa maneira pontua Ingo Wolfgang:

“ [...] o conteúdo do mínimo existencial ultrapassa a noção de um mínimo meramente vital ou de sobrevivência, para resguardar não só a vida humana em si, mas uma vida saudável, portanto, uma vida com certa qualidade. Não se pode negligenciar que o princípio da dignidade da pessoa humana também implica uma dimensão sociocultural que não pode ser desconsiderada, mas que constitui elemento nuclear a ser respeitado e promovido”²¹

A doutrina costuma enxergar a garantia ao mínimo existencial como um direito, que assim como os direitos fundamentais em geral, apresenta uma dimensão positiva e uma dimensão negativa, em seu status positivo ele exige do Estado que assegure ao indivíduo, mediante prestações materiais, uma vida digna; em seu status negativo ele proíbe a intervenção do Estado no sentido de retirar aquilo que se considera o núcleo essencial dos direitos sociais.

A questão relativa ao conteúdo do mínimo existencial não é pacífica em nossa doutrina, de um lado temos autores que afirmam haver um rol de direitos sociais mínimos, dentre estes citamos Ana Paula de Barcelos:

“ O chamado *mínimo existencial*, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica (...) O mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Repita-se, mais uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang, op. Cit. P. 668

positiva e, a *fortiori*, o status de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário.”²²

O outro lado da doutrina entende que não existe um rol específico do mínimo existencial dos direitos sociais, pois este conteúdo seria variável, inclusive em relação ao caso concreto de cada indivíduo, defendendo esta posição citamos mais uma vez Ingo Wolfgang Sarlet:

“[...] o próprio conteúdo existencial (núcleo essencial = mínimo existencial) não é o mesmo em cada direito social (educação, moradia, assistência social, etc.) não dispensando, portanto, a necessária contextualização (o que é uma moradia digna, por exemplo, varia significativamente até mesmo de acordo com as condições climáticas), bem como a necessária utilização de uma interpretação, simultaneamente tópico e sistemática.”²³

Nos posicionamos de acordo este último pensamento, no sentido de que não existe um rol taxativo que expresse um mínimo existencial, esse mínimo existencial como já falamos representa um núcleo irreduzível dos direitos sociais, que tem como parâmetro de avaliação o princípio da dignidade da pessoa humana, assim pode-se dizer que os direitos apontados pela doutrina de Ana Paula Barcellos, acima citada, compõem o mínimo existencial, porque a afronta a eles implicaria em um descumprimento do princípio da dignidade humana, porém o mínimo existencial vai além destes quatro direitos (a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça), sendo possível extrair de outros direitos como o direito à moradia, alimentação, um mínimo existencial exigível. Portanto, para se definir o que seria o mínimo existencial, necessário se faz, uma análise fixada fundamentalmente na dignidade humana.

A jurisprudência brasileira tem se utilizado desta noção de mínimo existencial para balizar o alcance do objeto dos direitos sociais, ou seja, para identificar o conteúdo exigível destes. Nessa toada, o que se defende é que os direitos sociais como direitos à prestações materiais exigíveis do Estado se limita ao seu núcleo essencial, por exemplo: sob a alegação do “direito à educação” o cidadão não pode exigir do Estado que lhe matricule numa universidade pública, por outro lado, o

²² BARCELOS, Ana Paula. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e políticas públicas**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>. P.14.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang, op. Cit. P. 671

Estado está obrigado a garantir ao indivíduo o ensino básico, podendo este buscar judicialmente a garantia deste direito.

Cumprе ressaltar, no entanto, que aqui não se estaria reduzindo os direitos sociais ao seu mínimo existencial, o cidadão sempre que tiver um direito social negado poderá e deverá buscar o Poder Judiciário, sob o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Porém, caso não estejamos diante do mínimo existencial, ao judiciário caberá verificar se o Estado está estabelecendo políticas públicas que possam assegurar a maior efetivação possível destes direitos, não podendo impor nestes casos o cumprimento integral.

O Supremo Tribunal Federal vem acumulando importantes decisões, que consolidam o entendimento de que naquilo que diz respeito ao mínimo existencial dos direitos sociais, ou seja, naquilo que se conecta diretamente a dignidade humana, há um direito subjetivo definitivo do cidadão, portanto judicialmente exigível e do qual o Estado não pode se omitir, e nem mesmo alegar a falta de recursos, tendo-se em vista a prioridade que deve haver por parte deste em assegurar em primeiro lugar a efetivação de tais direitos. Vejamos um trecho do voto do Ministro Celso de Mello na ADPF 45/DF, que expressa bem esse pensamento.

“ A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá instituir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.”²⁴

No que diz respeito aos direitos à educação e à saúde, objetos principais deste trabalho, já são várias as decisões que reconhecem esse dever de prestação por parte do Estado. No julgamento da RE 581.488 RG/RS, no ano de 2012, em que

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF**. Rel. Ministro Celso de Mello. Brasília: Julgado em 29 abr.2004.

se estava em pauta o direito à saúde a ser assegurado pelo Estado, este trecho do voto do Ministro Teori Zavascki, coaduna com o entendimento da Corte:

“Não cabe certamente ao Judiciário, já se disse, formular e executar políticas públicas, em qualquer área, inclusive na de saúde. São atividades típicas e próprias dos Poderes Executivo e Legislativo. Entretanto, inexistindo políticas públicas estabelecidas ou sendo elas insuficientes para atender as prestações minimamente essenciais à efetividade do direito fundamental social, abre-se o espaço para a atuação jurisdicional.” (BRASIL, 2012, p.184)

Vejamos também uma decisão no mesmo sentido, dessa vez assegurando a prestação do direito à educação básica, na RE 356.479-0, escolhemos um trecho do voto do Ministro Marco Aurélio para ilustrar o teor do acórdão.

“Conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado- União, Estados, propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios - deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa. Eis a enorme carga tributária suportada no Brasil a contrariar essa eterna lengalenga” (BRASIL, 2004, p.136)

Resta clara a posição do nosso judiciário, de que apesar de existente a reserva do possível, que limita a plena efetividade de determinados direitos sociais, tal reserva possui uma limitação, não podendo ser arguida como obstrução aquilo que se tem por núcleo essencial ou mínimo existencial dos direitos sociais, pois um impedimento à realização de tais direitos geraria um entrave ao meta-princípio da dignidade humana, objetivo fundamental de nossa Carta Magna.

Tendo feito este aprofundamento a respeito dos direitos fundamentais sociais de uma maneira geral, adentraremos no próximo capítulo em um estudo à respeito dos direitos à educação e a saúde, analisando seu núcleo exigível, em caráter prestacional, em favor do cidadão, e o papel do judiciário na tarefa de garantir a efetivação destes face a inércia e omissão dos Poderes Legislativo e Executivo.

4 DIREITOS À EDUCAÇÃO E À SAÚDE, E O PAPEL DO JUDICIÁRIO FRENTE A INÉRCIA E INEFICÁCIA DOS DEMAIS PODERES.

O direito à educação e à saúde apresentam uma ligação direta com a garantia do mínimo existencial, ligação esta que permite ao cidadão cobrar do Estado a prestação desses direitos inclusive judicialmente, é claro que esta exigibilidade não se estende aos direitos como um todo, mas sim ao núcleo essencial de cada um deles, que exploraremos no capítulo que se segue.

4.1 – DIREITO À EDUCAÇÃO

4.1.1 – Breve histórico acerca do direito à educação nas constituições brasileiras

O direito à educação não é recente em nossa história constitucional, estando presente desde a Carta Imperial de 1824, que já previa a instrução primária e gratuita a todos os cidadãos, em que pese, os cidadãos aqui referidos não abarcavam os negros e escravos alforriados, portanto ainda não se tratava de um direito universal. Posteriormente, a Constituição de 1891 retrocede em relação a este direito, posto que não assegurava mais a educação gratuita e, tão somente, firmava como competência não privativa do Congresso a de “criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados”.

A Constituição de 1934 inova, quando além de assegurar o ensino gratuito também aos jovens e adultos, vincula os recursos resultantes de impostos para serem aplicados na educação. No entanto, a constituição de 1937 recua neste sentido e extingue a vinculação obrigatória de tais recursos, mantém assegurado o acesso gratuito ao ensino primário, exigindo porém, para os menos necessitados uma pequena contribuição mensal, para a chamada caixa escolar.

Em 1946, a nova carta constitucional promulgada restaura a vinculação obrigatória de parte do orçamento para a educação, fixando um percentual mínimo para cada um dos entes federados. Já no período do regime militar, a Constituição de 1967 preocupava-se com o acesso à educação na faixa etária dos 11 aos 14 anos, quanto ao ensino médio e ao superior destinavam-se somente aos mais necessitados, por consequente a educação de jovens e adultos não foi contemplada.

Na nossa Constituição atual, o direito à educação é extensamente previsto, tanto no artigo 6º como um direito fundamental básico, como nos artigos 205 a 214, onde tal direito é regulado de maneira mais detalhada. Assim como os demais direitos sociais, ele ganha o *status* de direito fundamental e com isso é abrangido pelo regime jurídico destes, o que acarreta a sua aplicabilidade direta, a proibição de intervenções restritivas do Estado, bem como passa a ser um direito para além da função meramente programática, tornando-se exigível judicialmente em seu caráter prestacional.

4.1.2 – Dimensões objetiva e subjetiva dos direitos sociais

O direito à educação foi bem esmiuçado no texto constitucional, e se observamos o teor de cada uma das normas tratativas deste direito, perceberemos algumas mais abertas, com característica programática, e outras que se identificam como normas preceptivas, que exigem do Estado prestações materiais. Neste contexto podemos identificar duas dimensões abarcadas pelo direito à educação na Constituição Federal de 1988, quais sejam, a objetiva e a subjetiva.

Em sua dimensão objetiva, o direito à educação tem uma função organizacional, cumprindo um papel de impor para o Estado a observância de determinadas metas a se cumprirem, bem como servindo de norte para as leis infraconstitucionais que versem sobre este direito, podemos exemplificar como normas que atuam nessa dimensão os artigos 209, 210 e 211, os quais determinam as condições de organização para as instituições de ensino, sejam elas privadas ou públicas, outro exemplo está no artigo 214, que expõe os objetivos do sistema nacional de educação, que devem servir de orientação para a elaboração do plano nacional de educação.

Tais normas, considerando o caráter programático que carregam, gozam de certas restrições quanto ao regime jurídico típico dos direitos fundamentais, mais notadamente pelo fato de não serem abarcadas pela aplicabilidade direta, assim enxerga a maior parte da doutrina. Como assevera Paulo Gustavo Gonet Branco:

“Há normas constitucionais, relativas a direitos fundamentais, que, evidentemente, não são autoaplicáveis. Carecem de interposição do legislador para que produzam todos os seus efeitos. As normas que

dispõem sobre direitos fundamentais de índole social, usualmente, têm sua plena eficácia condicionada a uma complementação pelo legislador. É o que acontece, por exemplo, com o direito à educação, como disposto no art. 205 da Lei Maior (...).²⁵

Em sua dimensão subjetiva, o direito à educação se faz em um direito à prestação, nesta dimensão se encontra presente a característica da aplicabilidade direta e temos um direito plenamente reivindicável pelo cidadão em face do Estado. O exemplo mais claro está no artigo 208, § 1º expõe que “O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”²⁶, e ainda estabelece no parágrafo seguinte a responsabilização da Autoridade competente em caso de não oferecimento do ensino obrigatório.

O ensino obrigatório descrito compreende a educação básica que, nos ditames do MEC, compreende a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio, que deve ser assegurado gratuitamente para a faixa etária dos 4 aos 17 anos, bem como para as pessoas que não tiveram acesso na idade adequada. Portanto, a omissão do Estado frente a este mandamento constitucional traz para o cidadão a faculdade de exigir judicialmente que se faça cumprir o seu direito.

Para além deste exemplo, podemos citar como uma norma plenamente exigível e que independe de atuação prévia do legislador o artigo 206, inciso IV, que estabelece a obrigatoriedade do ensino gratuito em instituições públicas.

Quanto à possível argumentação de indisponibilidade de recursos por parte do Estado para a implementação de alguns direitos sociais, na seara do direito à educação, em sua dimensão subjetiva, ela se torna ainda mais difícil de aceitar, primeiramente porque a constituição declara a subjetividade de tais direitos e portanto obriga o Estado à prestar materialmente o acesso à eles, segundo pela ligação mais do que clara de tais direitos com a dignidade da pessoa humana e assim com o mínimo existencial, que como visto anteriormente limita a reserva do possível, e por fim pelo fato do Constituinte originário vincular parte do orçamento de todos os entes federados para a manutenção e desenvolvimento do ensino, e ainda posteriormente

²⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Gilmar Ferreira Mendes. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 155.

²⁶ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

com a Emenda Constitucional nº 53, de 2006, que incluiu o § 6º ao artigo 212, o legislador constituinte se preocupou em associar recursos de forma prioritária à educação.

Portanto no que diz com o direito à educação a problemática sobre haver ou não recursos disponíveis reside muito mais na forma que se dá o gerenciamento destes recursos do que com a sua efetiva existência.

4.1.3 – O direito subjetivo à educação básica

Se quisermos delimitar um mínimo existencial do direito à educação previsto em nossa atual Constituição, ou seja, um núcleo irreduzível do qual o Estado não pode se abster, sob pena de transgredir o princípio da dignidade humana, com certeza esse núcleo se resume à educação básica obrigatória e gratuita prevista no artigo 208, inciso I. Lembremos que o mínimo existencial não se confunde com o mínimo vital, mas vai além, abrangendo uma dimensão sociocultural, é neste sentido que se posicionam a doutrina e jurisprudência majoritária em nosso país.

Conforme já dito anteriormente, a educação básica compreende a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio, que em seu conjunto tem o condão de desenvolver o indivíduo, dando-lhe as ferramentas necessárias para que possa exercer plenamente sua cidadania e sua capacidade intelectual, o que de certa forma também é um elemento indispensável para adentrar no mercado profissional. Como acentua a Lei de Diretrizes e bases da educação, em seu artigo 22:

“a educação básica tem por finalidades desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores”²⁷

A educação infantil compreende a creche para crianças de até 3 anos e a pré-escola para crianças de 4 a 5 anos, esta etapa da educação tem por objetivo desenvolver os aspectos psicológico, físico, intelectual e social da criança, claramente em conjunto com a família e a comunidade, que são muito importantes nesta fase. A

²⁷ BRASIL, **Lei de Diretrizes e Bases da educação nacional**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm.

Constituição fixou ao município a competência prioritária nesta fase da educação básica.

O ensino fundamental era a única fase obrigatória do ensino até a mudança trazida pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009. O ensino fundamental talvez seja a etapa mais essencial da educação básica, pois permite ao indivíduo um desenvolvimento como cidadão e mesmo como pessoa, este deverá sair do ensino fundamental tendo o completo domínio da leitura, escrita e do cálculo. Mas vai além disso, deve também compreender o ambiente natural e social, o sistema político, a tecnologia, as artes e os valores básicos da sociedade e da família. Desde de 2006, passou a ter 9 anos de duração. A competência para disponibilizar o ensino fundamental gratuitamente é concorrente, cabendo tanto aos municípios quanto aos estados e Distrito Federal.

A importância desta etapa se evidencia ainda no artigo 208, § 3º, que cria para o Estado o dever de recensear os educandos, a fim de identificar e diminuir as taxas de evasão escolar, atuando em conjunto com a família na resolução deste problema, com vistas a assegurar uma cada vez maior universalização do ensino. Cumpre lembrar, que existe inclusive uma infração de caráter penal para os pais ou responsáveis que não adotam as providências necessárias para manter seus filhos na escola, o crime de abandono intelectual, previsto no artigo 246 do Código Penal.

O ensino médio é a etapa onde são aprofundados os conhecimentos adquiridos no ensino fundamental, buscando uma preparação básica para o trabalho, deve ainda possibilitar o desenvolvimento de uma autonomia intelectual e de um pensamento crítico, para que se torne um cidadão esclarecido, e fortaleça a nossa democracia. Nas palavras de Konrad Hesse: “a democracia é em tudo, segundo o seu princípio fundamental, um assunto de cidadãos emancipados e informados e não de uma massa de ignorantes, apática, dirigida apenas por emoções e desejos irracionais”²⁸.

Nota-se que a Constituição não trouxe expressamente uma regulação quanto ao ensino superior, no nosso ponto de vista, não está essa etapa inclusa na noção do mínimo existencial e dessa maneira não foi alavancada à uma categoria de direito subjetivo, em que pese ter o Estado o dever de buscar garantir cada vez mais o amplo acesso a este ensino, tema que não enfrentaremos neste trabalho.

²⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999, p. 133.

O direito à educação básica vai além da simples garantia de acesso às instituições de ensino público, é também dever do Estado assegurar a qualidade desta educação, para que o indivíduo possa realmente ter uma formação eficaz, que lhe garanta uma inserção no mercado de trabalho, bem como uma educação política, social e cultural, indispensáveis para o pleno exercício da cidadania e para uma vida digna. Portanto, é direito subjetivo do cidadão uma educação básica de qualidade, devendo o Estado direcionar seus recursos com vistas a prover esta qualidade no ensino.

4.1.4 – Ativismo judicial e direito à educação básica

Como é cediço, o direito à educação em nossa atual Constituição foi positivado como um direito fundamental, e com isso foi abraçado por um regime jurídico especial que lhe dá prerrogativas que só estes direitos têm, estas prerrogativas, que já foram detalhadas no capítulo dos direitos fundamentais sociais, não se estendem a toda a gama de direitos sociais de maneira igualitária, sendo necessário uma análise do caso concreto. Todavia, quando tratamos de direitos sociais intimamente ligados à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial, não há dúvida de que estes devem estar protegidos por todas as prerrogativas inerentes a tal regime.

Nós já vimos que a educação básica pela importância que tem como formadora intelectual, profissional e cidadã do indivíduo se encaixa perfeitamente na figura do mínimo existencial e com isto detém uma série de prerrogativas especiais previstas constitucionalmente. A primeira, e possivelmente mais importante delas, é a sua aplicabilidade direta, que dá ao judiciário um poder-dever de intervir quando não observada sua aplicação pelo Estado, sendo sua eficácia plena e independente de prévia atuação legislativa, a Constituição fortalece ainda mais essa prerrogativa quando expressa o caráter subjetivo deste direito. As outras duas prerrogativas, também essenciais, são a proteção contra o poder de reforma constitucional e contra intervenções restritivas por parte dos órgãos estatais, a inobservância destas, assim como a primeira, também podem levar ao judiciário o dever de agir, atuando em sua proteção.

O nosso poder judiciário, especialmente a Suprema Corte Federal, tem nos últimos anos, frente à um crescente desprezo dos Poderes legislativo e executivo

pelos direitos sociais, chamado para si o papel de assegurador de tais direitos, tomando uma postura chamada de “ativista”, para fazer valer o papel que lhe foi dado pela Constituição de zelar pelos direitos ali previstos.

Na seara do direito à educação, por tudo que foi exposto, resta clara a obrigatoriedade do Estado no oferecimento de uma educação básica e de qualidade, não podendo se imiscuir desta tarefa. Aqui o judiciário funcionará como a *ultima ratio* do cidadão, a sua defesa frente à omissão do Estado em lhe garantir o que lhe é de direito. O ativismo não consiste numa intromissão do Poder Judiciário nas funções dos demais poderes, mas a busca pela realização do direito e da justiça, através do efetivo cumprimento das garantias constitucionais.

Para ilustrar melhor como tem se manifestado este papel ativista e garantidor do Poder Judiciário, se faz interessante a análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 639.337, do ano de 2011. Em que se julgou a obrigatoriedade do município em prestar o acesso à educação básica, no caso em tela mais especificamente à educação infantil.

E M E N T A: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO – DOCTRINA – JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) – LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO

RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA – QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” – INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- -jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a

integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel.

Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargocoletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS “ASTREINTES”. - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A “astreinte” – que se reveste de função coercitiva – tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência.²⁹

²⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 639.337**. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília: julgado em 23 de agosto de 2011.

Temos aqui a ementa de lavra do Senhor Ministro Celso de Mello, da sua leitura podemos subtrair importantes pontos que revelam a tendência ativista que tem percorrido o judiciário nos últimos anos, este é um processo que vem se fortalecendo no Brasil desde a promulgação da atual Constituição Federal, mas que ganha forte impulso com a crise política que atravessa a nossa sociedade na última década, e transforma o judiciário numa espécie de última salvaguarda do cidadão, quando seus direitos mínimos e necessários à uma vida digna já não são satisfeitos pelos órgãos estatais como deveriam.

Os principais argumentos que fundamentam a decisão são: o direito à educação infantil como direito fundamental, a possibilidade do judiciário impor a implementação de políticas públicas frente à inércia estatal, a reserva do possível limitada pela intangibilidade do mínimo existencial e a proibição do retrocesso social.

A ementa começa definindo o direito à educação básica e por consequência a educação infantil, que é sua primeira etapa, como “prerrogativa constitucional indisponível” e mais adiante como direito fundamental, disso resulta que o Estado não tem o condão de decidir discricionariamente sobre a sua aplicação ou não, a educação básica por ser um direito previsto como subjetivo e pela ligação que tem com o princípio da dignidade humana não dá margem ao Administrador para escolhas, a falta da implementação a tal direito gerará um descumprimento de um mandamento constitucional e acarretará a possibilidade de o prejudicado buscar por vias judiciais a sua efetivação, a partir desse momento é que o judiciário poderá atuar intervindo na implementação das políticas públicas.

Cumpra lembrar mais uma vez, que a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas será sempre excepcional, como é ressaltado na decisão anterior. As tarefas de formular e executar as políticas públicas são funções precípuas dos Poderes Legislativo e Executivo. Portanto, tal interferência só se justifica quando a inércia dos citados poderes se tornarem para o cidadão uma barreira na busca por uma vida digna. É aí que entra o papel do ativismo judicial, que buscará, através das ferramentas que lhe são outorgadas pelo ordenamento jurídico, a realização da justiça social, asseverando que sejam cumpridos os preceitos fundamentais constitucionais, especialmente aqueles que podem ser inclusos na noção de mínimo existencial.

Logo, esta ingerência do Poder Judiciário no campo das políticas públicas não se trata de um desrespeito ao princípio da separação dos poderes como alguns aduzem, em que pese, ser um “mal necessário” para assegurar um “bem necessário”

que é a dignidade humana diante do desprezo dos demais poderes. Neste mesmo sentido, seguem as palavras de Marco Sampaio.

“Resta asseverar que o Judiciário brasileiro, embora não exclusivamente, pode e deve, como defendeu Andreas Krell, mediante decisões firmes, “exercer seu importante papel no processo político da realização dos direitos fundamentais sociais através da melhoria gradual e permanente dos serviços públicos básicos”.³⁰

Outro ponto importantíssimo desta decisão diz respeito a limitação da reserva do possível diante da intangibilidade que cerca o mínimo existencial. A decisão em tela não nega a existência real de uma reserva do possível, é de conhecimento de todos a finitude de recursos do Estado diante de uma infinidade de demandas que precisa atender. A solução, no entanto, para este problema está na questão da denominada “escolha trágica”, que os administradores e legisladores deverão fazer quando administram os recursos do Estado, escolha esta que não pode acontecer de maneira discricionária, pois deve observar a importância do bem jurídico à que atende.

É mister que essa análise deve ser feita seguindo a importância dada pela Constituição à cada direito, sendo assim os direitos fundamentais quando coalizam com outros direitos devem ser preferencialmente atendidos. Mas se postos frente à frente dois direitos fundamentais, como saberemos qual deve ser atendido preferencialmente? É aí que entra a garantia do mínimo existencial.

O mínimo existencial, como já debatemos neste trabalho, tem uma ligação íntima com o supraprincípio da dignidade humana, indo além de uma mera garantia da vida humana, para assegurar uma vida com condições dignas, também liga-se com o núcleo irreduzível dos direitos fundamentais, ou seja, aquele que não pode sofrer reduções ou intervenções por parte dos órgãos estatais e devem ser prestados para assegurar ao indivíduo uma certa liberdade material. Em vista disso, e tendo em consideração a limitação dos recursos do Estado, caberá àqueles que lidam com este orçamento o atendimento preferencial dos direitos que se encaixam nesta figura do mínimo existencial.

³⁰ SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.248.

Não sendo assim possível a invocação da reserva do possível pelo ente estatal quando se tratar do mínimo existencial, como é o caso da educação básica. E neste caso, ainda mais injustificado se torna este argumento, pela preocupação que teve o constituinte em conceder recursos para a efetiva prestação deste, estando o problema muito mais situado na administração do que na alocação destes recursos.

O último dos pontos importantes levantados na decisão trata-se do princípio da proibição do retrocesso social, que deriva do aspecto negativo dos direitos fundamentais, e trata-se de uma ferramenta de controle para evitar restrições aos direitos sociais por parte dos entes estatais, ou seja, as conquistas sociais alcançadas pela sociedade uma vez que asseguradas constitucionalmente não poderão ser suprimidas pelo Estado. Sobre a proibição do retrocesso, Canotilho argumenta que:

“Os direitos derivados a prestações, naquilo que constituem a densificação de direitos fundamentais, passam a desempenhar uma função de guarda de flaco (J. P. Müller) desses direitos garantindo o grau de concretização já obtido. Consequentemente, eles radicam-se subjetivamente não podendo os poderes públicos eliminar, sem compensação ou alternativa, o núcleo essencial já realizado desses direitos. Neste sentido se fala também de cláusulas de proibição de evolução reacionária ou de retrocesso social (ex.: consagradas legalmente as prestações de assistência social, o legislador não pode eliminá-las posteriormente sem alternativa ou compensações retornando sobre os seus passos; reconhecido, através de lei, o subsídio de desemprego como dimensão do direito ao trabalho, não pode o legislador extinguir este direito, violando o núcleo essencial do direito social constitucionalmente protegido.”³¹

Deste modo, a inércia do Estado não pode se tornar uma obstrução para a realização de um direito fundamental social já assegurado pelo ordenamento jurídico vigente, sob pena de grave violação de um mandamento constitucional.

4.2 – DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde é o direito fundamental social que se relaciona mais claramente com o princípio da dignidade humana, e mesmo com o direito à vida.

³¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed., Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 479.

Sabemos que em nosso ordenamento o princípio da dignidade humana alcança o indivíduo mesmo após a sua morte, mas é verdade também, que a sua essência direciona-se mais notadamente para a pessoa viva. Desta forma, a ligação da dignidade humana com o direito à saúde é tamanha, que podemos até mesmo dizer que este direito é uma espécie de pressuposto da própria condição de dignidade. Denota-se deste raciocínio a importância de um efetivo amparo do direito à saúde em um Estado Democrático de Direito como o nosso, por conta da sua estreitíssima ligação com o direito à vida, que se traduz em um verdadeiro direito a ter direitos.

4.2.1 – O direito à saúde na Constituição Federal de 1988

Na Constituição Federal de 1988, como já exposto neste trabalho, os direitos sociais passam a serem reconhecidos como direitos fundamentais, o que lhes dá um regime jurídico especial. Em que pese, também haver recebido na atual constituição uma tutela mais cuidadosa, com um capítulo dedicado a abranger os mais variados aspectos deste direito. O direito à saúde, por sua contundente ligação com a dignidade humana, o mínimo existencial e até mesmo com o mínimo vital, gozará, naquilo que se liga ao direito à vida, de todas as prerrogativas inerentes a este regime. Interessante conceituação faz Tanaka à respeito do direito à saúde pós CRFB 1988:

“O direito à saúde, garantido pela Constituição Federal de 1988, sem dúvida, é um ganho em nosso processo democrático. A saúde como dever do Estado, financiado por um sistema público não contributivo permitiu explicitar a universalidade, a integralidade e a equidade como os princípios norteadores de nossa política de saúde. Nesse sentido, o poder executivo, nas três esferas de governo tem envidado esforços para viabilizar a garantia deste direito constitucional.”³²

O encontramos no rol dos direitos sociais básicos previsto no artigo 6º, porém é esmiuçado nos artigos 196 à 200. Uma leitura acurada destes artigos nos faz notar que o constituinte elaborou tanto normas de caráter subjetivo, que pedem uma efetiva prestação por parte do Estado; como normas de cunho mais objetivo, que

³² TANAKA, Oswaldo Yashimi. **Direito à saúde e integridade: uma discussão sobre os desafios e caminhos para sua efetivação.** Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-32832012005000014&script=sci_abstract&tlng=pt.

impõem aos Poderes Públicos a realização progressiva de determinados deveres e tarefas.

De uma maneira bastante sucinta, vejamos os pontos tratados na Seção Da Saúde. O artigo 196, prevê o direito à saúde como um direito de todos e um dever do Estado, e cria tarefas para este tanto no âmbito da prevenção como da recuperação; o artigo 197 remete à um dever regulamentação, fiscalização e controle do Estado sobre este direito; o artigo 198 cria e fixa as diretrizes para o Sistema Único de Saúde; o artigo 199 garante a participação da iniciativa privada e impõe determinados limites a esta; e por fim o artigo 200 apresenta um rol não taxativo de atribuições do SUS.

A Constituição trata da saúde tanto no seu viés preventivo, como o curativo. Quando falamos de saúde preventiva, o dever que cabe ao Estado é de atuar no sentido de impedir a propagação de doenças e lesões na população, este aspecto do direito à saúde tem ligação com vários outros direitos, para assegurar a prevenção de doenças os órgãos estatais precisam garantir condições de moradia dignas, saneamento básico, higiene, educação, dentre tantos outros fatores que contribuem diretamente para a saúde da população. Já em seu aspecto curativo, o dever do Estado é de prover meios necessários para que os cidadãos possam tratar de suas enfermidades, aqui se incluem os tratamentos medicamentosos, terapias, intervenções cirúrgicas, entre outros.

Portanto, aqueles que não tem condições necessárias de custear tratamentos médicos, devem receber do Estado os meios necessários para tanto, pois como visto o direito do cidadão à saúde, previsto constitucionalmente, vai além das medidas preventivas, encontra-se na saúde curativa a face do direito à saúde mais conectado com o mínimo existencial e com a dignidade humana, mas precisamos nos atentar em até onde vai a obrigação do Poder Público em prestar os tratamentos de saúde, e nessa mesma toada até onde é papel do judiciário intervir.

4.2.2- O direito à saúde em seu aspecto prestacional e sua exigibilidade judicial

É sabido que os direitos fundamentais sociais, mesmo com todas as regalias que lhe cabem, por conta do regime jurídico especial de que gozam, não são exigíveis judicialmente do Estado em todas as suas dimensões. Lembremos primeiramente, que ao judiciário só cabe agir em matéria de políticas públicas, quando

o princípio da dignidade humana estiver sendo violado. Disso se retira que os direitos sociais que tem a característica de serem realmente prestacionais, ou seja, direitos subjetivos propriamente ditos, são aqueles que tem uma ligação direta com o mínimo existencial, o que na nossa concepção corresponde ao núcleo essencial de cada um destes direitos.

No que diz com o direito à saúde, para delimitarmos aquilo que pode ser considerado o seu núcleo essencial, e portanto exigível em caráter de prestação material em face do Estado, nossa doutrina majoritária aponta para dois requisitos cumulativos. Diante disso, o direito à saúde será um direito público subjetivo quando: no caso concreto, o bem jurídico da vida esteja em risco e associado a isto, deve haver prova, de que o tutelado não tem condições financeiras de custear seu tratamento (aqui se incluem medicamentos, consultas, intervenções cirúrgicas, etc.) sem comprometimento do sustento da sua família e próprio. Desse modo, estando presentes estes dois requisitos o Estado não poderá se imiscuir em oferecer as prestações necessárias.

Estes requisitos servem tanto para obrigar o Estado à assegurar as condições dignas de saúde do cidadão, como para delimitar o número de demandas judiciais nesse campo. O que não quer dizer que o Estado possa se eximir quando não se trate de casos em que esteja em jogo a própria vida do cidadão, mas entendemos que nos casos em que não se encontre o núcleo irreduzível do direito à saúde o papel do judiciário é de tão somente verificar se vem sendo implementadas as políticas públicas necessárias e respeitados os mandamentos constitucionais, ou seja, se estão sendo respeitadas as atribuições dos entes estatais e se os recursos estão sendo efetivamente aplicados para um atendimento universal e igualitário.

Por outro lado, se estivermos tratando do direito à saúde naquilo que diz com as mínimas condições da dignidade humana, estando em jogo o bem da vida, o Estado não pode simplesmente argumentar ausência de recursos, porque aqui estamos tratando do mais substancial dos direitos, de um verdadeiro direito a ter direitos, algo que vai além do próprio mínimo existencial, alcançando mesmo o mínimo vital. E que não pode ser desprezado em um Estado Democrático de Direitos.

A questão da “judicialização” do direito à saúde ganhou tanta dimensão na Corte Suprema, que numa atitude louvável, a Corte convocou uma Audiência Pública sobre o tema, no ano de 2009, com o objetivo de ouvir profissionais experientes e autoridades nas diversas vertentes do Sistema Único de Saúde. A finalidade desta

audiência era de reunir conhecimentos técnicos, científicos, administrativos, políticos e econômicos para a tomada por parte do STF de decisões mais acertadas e eficientes possíveis nessa seara. Levando em consideração tudo aquilo que foi dito, o Tribunal pôde traçar alguns critérios a serem analisados no caso concreto nas demandas judiciais de saúde.

Os critérios ali previstos seguem a seguinte lógica: Em primeiro lugar é importante que o STF verifique se existe ou não política pública que abranja a demanda pretendida. Caso exista, obviamente caberá ao judiciário simplesmente impor seu cumprimento, aqui não há nem que se falar em ativismo. Caso não exista políticas públicas para aquele caso concreto, é necessário saber o porque desta inexistência, que pode ser por motivo de inércia dos poderes legislativo e executivo, por uma decisão administrativa de não oferecer, ou por vedação legal expressa. Nesses casos caberá a intervenção do judicial somente quando violado o princípio da dignidade humana, quando em jogo a vida do indivíduo e patente a sua impossibilidade financeira para arcar com os custos de seu tratamento. Nesse caso, como já dissemos o direito será plenamente oponível contra o Estado.

Ressalte-se que ainda no caso do SUS não oferecer o tratamento pleiteado, abrem-se duas situações possíveis, a possibilidade deste oferecer um tratamento alternativo com eficácia cientificamente comprovada, e nesses casos o judiciário privilegiará o tratamento já oferecido pelo sistema público. Ou pode acontecer do SUS não oferecer tratamento algum para a patologia apresentada no caso concreto; se tal tratamento não for oferecido por ainda estar em fase experimental, não havendo certificação de sua eficácia, o judiciário não deve conceder sua tutela, porque obviamente nestes casos uma concessão poderia vir mesmo à prejudicar a saúde do indivíduo. Porém se estiver diante de um tratamento já atestado pela rede privada, com eficácia comprovada, o judiciário poderá demandar o custeio do tratamento pelo Estado.

Com todo o exposto, denota-se que o judiciário tomou certos cuidados para que com o fenômeno da “judicialização do direito a saúde” e as inúmeras demandas que surgiram nessa seara, não viesse a influir de maneira abrupta nas políticas públicas de saúde do Estado, posto que a função de fazê-lo recai sobre os poderes legislativo e executivo. Contudo, se a inércia ou a omissão destes órgãos afetarem diretamente as condições dignidade humana, e causarem uma situação emergencial que ponha

em risco o próprio direito à vida, o Judiciário deverá agir impondo aos entes estatais que cumpram as prestações que devem.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante a todo o exposto, após o estudo apresentado neste trabalho de conclusão de curso, a posição que assumimos é favorável à adoção de uma postura ativista pelo judiciário para defender a efetiva aplicabilidade dos direitos sociais, direitos estes que em nossa Constituição atual receberam a alcunha de direitos fundamentais, absolvendo o regime jurídico especial destes, o que denota a preocupação com seu devido cumprimento por parte do constituinte originário.

Atente-se no entanto, que a postura ativista tem limites, não há de se ignorar a finitude de recursos do Estado, diante da infinidade de prestações materiais que pedem os direitos sociais previstos, aqui nos deparamos com a limitação da reserva do possível. Desta feita, o judiciário não poderá opor ao Estado que cumpra toda e qualquer prestação material demandada que se ligue aos direitos sociais previstos constitucionalmente, sob pena de influir diretamente no campo orçamentário e de gestão de políticas públicas, desrespeitando assim a separação dos poderes.

Desse modo, só cabe ao judiciário compelir os órgãos estais a realizarem prestações materiais em favor do indivíduo ou da coletividade quando se tratar de direito que ligue-se com o mínimo existencial, posto que a inobservância de tais direitos gera uma violação do próprio princípio da dignidade humana, princípio máximo de um Estado Democrático de Direito. Aqui não há que se falar numa violação da separação dos poderes, posto que o judiciário estará cumprindo seu papel de guarda da Constituição. Quando o direito social pleiteado não se tratar, no entanto, de um mínimo existencial, ao Poder Jurídico só caberá verificar se o Estado está cumprindo com suas atribuições constitucionais.

Em se tratando direitos fundamentais sociais que não podem ser desprezados pelo Poder Público sob pena de tirar do cidadão a oportunidade de uma vida digna, dois direitos em nosso ver merecem uma maior atenção do Estado, e por isso foram tratados individualmente neste trabalho, são eles o direito à educação e à saúde. Mas como já dissemos, tais direitos são subjetivos e exigíveis em forma de prestações apenas no que condiz com o mínimo existencial, quando não se trata deste mínimo, estaremos diante do seu viés objetivo, que cria um dever de atuação permanente do Estado e ampara o direito infraconstitucional.

No que diz com o direito à educação, elencamos como núcleo irreduzível o direito à educação básica gratuita e de qualidade, um direito que está intimamente relacionado com o mínimo existencial, porque permite o desenvolvimento da capacidade intelectual e da própria personalidade do indivíduo, o que lhe oportuniza a exercer plenamente a sua cidadania, suas liberdades e buscar melhores condições de vida. Tão grande é a sua relevância para a sociedade que a própria Constituição teve o cuidado de expressar o seu caráter subjetivo.

Em nossa jurisprudência inúmeros são os casos que demonstram o inadimplemento com condições básicas de educação, que criam barreiras para o efetivo acesso a este direito, nestes casos cumpre ao Poder judiciário agir e forçar o ente estatal responsável a fazer valer o preceito constitucional.

O segundo direito tratado foi o direito à saúde, este também bastante rechaçado por nossa Constituição, e com uma relação ainda mais íntima com o princípio da dignidade humana, posto que por sua ligação com o direito à vida este acaba se tornando uma espécie de pressuposto à vida digna. O direito à saúde vai ainda além do mínimo existencial, alcançando inclusive o mínimo vital.

O mínimo irreduzível deste direito é encontrado quando da análise de dois requisitos em conjunto, em primeiro lugar o bem da vida deve estar em jogo e, por conseguinte, o tutelado deve demonstrar que não tem condições financeiras de arcar com o tratamento sem prejuízo de seu sustento e da sua família, diante de tais circunstâncias o Estado está obrigado a prover o tratamento, pois corre o risco de uma violação do mais essencial dos direitos, um verdadeiro direito a ter direitos, que é o direito a vida.

Perante estes dois direitos o Estado não pode aduzir a insuficiência de verbas, sob o risco de violar o princípio da dignidade humana. O administrador ao distribuir as despesas orçamentárias, deve atentar-se fundamentalmente para o cumprimento dos direitos sociais básicos e dentre destes para os mais essenciais, a própria Constituição preocupou-se em assegurar a alocação dos recursos para o provimento da saúde e da educação, sendo assim, argumentações neste sentido denotam muito mais aqui um problema na gestão de tais recursos do que de sua existência.

Em uma democracia ideal, onde cada um dos poderes cumpre com aquilo que lhe é devido, não haveria que se falar em ativismo judicial, pois não precisaria o judiciário intervir nas atividades dos demais poderes. Porém, nossa sociedade

atravessa uma crise de representatividade política que deságua até mesmo na garantia dos direitos mais fundamentais para o cidadão, sendo o ativismo um “remédio” necessário para impedir o desrespeito explícito aos comandos constitucionais.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. (trad.). HECK, Luiz Afonso. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

BARCELOS, Ana Paula. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e políticas públicas**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>.

BARROSO, Luís Roberto, **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista de Direito do Estado**, n. 16, out./dez. 2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica.

BITENCOURT, Caroline Muller. Direitos sociais prestacionais: mínimo existencial à preservação da dignidade da pessoa humana e o papel da jurisdição constitucional à sua efetividade no constitucionalismo contemporâneo. **Constitucionalismo Social: o papel dos sindicatos e da jurisdição na realização dos direitos sociais em tempos de globalização/** Mônia Clarrisa Henning Leal... [et. Al.]. 1 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Gilmar Ferreira Mendes. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

BRASIL, **Lei de Diretrizes e Bases da educação nacional**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 639.337**. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília: julgado em 23 de agosto de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF**. Rel. Ministro Celso de Mello. Brasília: Julgado em 29 abr.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF**. Rel. Ministro Celso de Mello. Brasília: Julgado em 29 abr.2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed., Coimbra: Editora Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. 1 ed., São Paulo: Editora Safe, 1993.

CLEVE, Clemerson Merlin. **O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais**. Disponível em : <http://clemersoncleve.adv.br/wp-content/uploads/2016/06/2003-O-desafio-da-efetividade-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

GOMES, Luiz Flavio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>.

GUERRA, Gustavo Rabay. **A concretização judicial dos direitos sociais, seus abismos gnoseológicos e a reserva do possível**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8355/a-concretizacao-judicial-dos-direitos-sociais-seus-abismos-gnoseologicos-e-a-reserva-do-possivel>.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 199.

JÚNIOR, Faustino da Rosa, **O problema da judicialização da política e da politização do judiciário no sistema constitucional brasileiro**. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=833.

JÚNIOR, Flávio Martins Alves Nunes, **Curso de Direito Constitucional**. 1 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. Mínimo existencial versus mínimo vital: uma análise dos limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário na sua garantia e no controle jurisdicional de políticas públicas. **Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha/ Robert Alexy...**[et. Al.]. 1 ed. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**, 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

TANAKA, Oswaldo Yashimi. **Direito à saúde e integridade: uma discussão sobre os desafios e caminhos para sua efetivação**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S141432832012005000014&script=sci_abstract&tlng=pt.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TORRES, Raissa Brindeiro de Araújo; GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. **A expansão do papel do judiciário através do uso da interpretação constitucional: o ativismo judicial**. In: XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, Florianópolis, 2015.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009.